

土壌汚染と物権的請求権 (二・完)

—近時のドイツ裁判例の動向を中心に—

堀 田 親 臣

- 一 問題の所在
- 二 ドイツ法の状況
 - 1 前提の確認
 - 2 判例の動向 ((1) 具体的裁判例 (以上、37 巻 1 号))
 - 3 学説の動向
 - 4 小括
- 三 若干の検討
- 四 今後の課題 (以上、本号)

二 ドイツ法の状況

2 判例の動向

(2) 分析

以上、本稿では、ドイツにおける具体的裁判例の内容を確認してきた。そこで、以下では、次の 3 つの視点 (①当事者関係、②侵害要件の認定と請求の相手方 (妨害者)、③侵害除去請求権が肯定された場合のその請求内容等) から、ドイツの判例の動向を整理・分析することとしたい。

①当事者関係 紛争の当事者関係について、本稿で取り上げた裁判例の範囲では、次のような分類が可能である。つまり、土壌汚染による所有権の侵害が問題となっている土地を「甲」とすると、(a) その甲地での汚染行為等が原因となって土壌汚染が生じた場合 (前掲 [1・2] 判決および前注 (34) の連邦通常裁判所 2010 年判決) と (b) 甲地に隣接する乙地での汚染行為等が原因となって甲地の土壌汚染が生じたという場合 (前掲 [3・4・5] 判決) である。

(a) に分類される判決の事案をより詳細にみると、[1] 判決ではその土

地の元賃借人（およびその承継人）のガソリンスタンド経営が、連邦通常裁判所 2010 年判決ではその土地の賃借人（厳密には転借人）による有害物質等の散布行為（の許容）が、各々土壤汚染の原因になっているとみることができる。その一方で、[2] 判決は、多少事案に異なるところが見受けられ、その土地に建っていた建物の火事とその消火作業の結果生じた状態が問題となった事例である。ここで、[2] 判決でも、その土地（建物）の賃借人が存在し、妨害物となる粉ミルクの所有者はその賃借人に粉ミルクの保管を依頼しており、土地所有者がその賃借人に請求をしていたならば、前記 2 判決と同様の状況が生じていたともいえる。しかし、同判決では、粉ミルクを持ち込んだその所有者に対する請求が問題となっており、その点で、前記 2 判決と異なるといえよう⁽³⁵⁾。

次に、(b) に分類される判決の事案であるが、そこでは、甲地に隣接する乙地に問題となる土壤汚染の原因がある。[3] 判決では乙地での工場操業が土壤汚染の原因でそれが甲地に広がっており、[4] 判決でも乙地でのホテル営業に伴うオイルタンク設備からのオイル（油）の漏出が原因でそれが甲地に至っている。[5] 判決も同様であり、乙地での有害物質を含んだ液体の流出が原因で甲地での土壤汚染が生じている。ここで、[5] 判決については、[3・4] 判決と異なる点があることにも注意が必要である。つまり、[3・4] 判決と異なり、[5] 判決の事案では、乙地の所有者が有害物質を含んだ液体の流出の原因を作出したわけではないという点である⁽³⁶⁾。

以上のことをまとめると、結局、当事者関係については、次のようになる。
(a) 甲地の範囲内で土壤汚染による土地所有権の侵害が問題となる事例

(35) なお、2010 年判決は、被告である土地の転借人が訴外 A による有害物質を含んだ薬剤の散布行為を許容していたという事案で、[2] 判決とは異なり、転借人への請求のみが問題となった。

(36) [5] 判決における裁判所の判示を前提とする限り、そのような事案（乙地の所有者とは別に、原因行為をした者がいるという場合）ということになる。

1) 甲地の所有者が(かつての)土地の賃借人に対し請求([1]判決、2010年判決(厳密には転借人))

2) 甲地の所有者が妨害物を持ち込んだ所有者に対し請求([2]判決)

(b) 隣接する乙地に土壤汚染の原因があり甲地の土地所有権の侵害が問題となる事例

1) 甲地の所有者が乙地の所有者(行為者でもある)に対し請求([3・4]判決)

2) 甲地の所有者が乙地の所有者(行為者ではない)に対し請求([5]判決)

②侵害要件の認定と請求の相手方(妨害者) 以上のことを踏まえ、次に、BGB1004条の意味における侵害要件の認定と請求の相手方(妨害者)の判断について考察する。

A. 侵害要件の認定 判例が、BGB1004条の意味における所有権侵害を一般的にどのように解するかについては、前項1(2)①で確認した通りである。したがって、ここでは、各判決の個別判断についてのみ言及する。

まず、[2]判決では、問題となる土地に無権限に粉ミルクが存在することがBGB1004条の意味での侵害になるとの判断が下されている⁽³⁷⁾。また、[3・5]判決でも、同様に、問題となっている土地に何らかの目的物・物質([3]判決ではテトラクロルエチルおよび過クロルエチルという有害物質、[5]判決では有害物質である炭化水素を含んだ液体)が存在するということから、その土地所有者の物支配が侵害され、それらが取り除かれるまで、それらの存在が所有権の妨害源となる旨の判断が下されている⁽³⁸⁾。

ここで、土壤汚染事例での所有権侵害の判断について、ドイツの判例で注目すべきことは、次のことである。つまり、[5]判決の判決理由で明示されているように、土壤汚染(有害物質)による所有権侵害については、前述したように、「これらの物または物質は、それらが取り除かれるまで、もっぱら

(37) なお、賃貸借契約が存続する間の取り扱いについては、[2]判決の【判旨】でもみた通り、BGB1004条の問題とはならないことは当然である。したがって、ここでは、火災後、土地の利用権が消滅した場合についてである。

そこに存在するということによって、継続的な所有権の妨害源となる」と解するのが判例であり、同様のことは、「所有者が、その妨害している物の所有権を放棄するとき、または、ここでのように、侵害されている土地と付合することによってその所有権を失ったとき (BGB946 条)」にも妥当するということである。なお、[5] 判決は、それに先行する [1・2・4] 判決等を引用して、この旨を述べることから、結局、ドイツの判例としては、妨害物 (有害物質) による土地所有権の侵害が問題となるような事例においては、侵害されている土地所有者との関係で、その所有権侵害という点で、妨害物 (有害物質) の所有権が誰に帰属するかということ (特に請求の相手方に帰属しなければならないという意味で) は重要視されないということができよう (なお、この点については、学説上非常に争いがある。詳細は、後述する)。

B. 請求の相手方 (妨害者) 以上のような侵害要件の判断を前提として、判例は、そのような侵害につき、BGB1004 条の責任を負うべき請求の相手方について判示している。ここでも、判例の考える妨害者概念の一般論は、すでに前項 1 (2) ②で確認したことから省略し、各判決の個別判断についてのみ言及する。

ところで、各判決で、土壌汚染による所有権侵害につき、立ち入った判示をするのは [3・5] 判決である。したがって、以下では、この 2 判決の内容を中心にみることにする。

まず、[3] 判決では、隣接する被告 Y 所有地での工場操業に由来する有害物質が原告 X 所有地の土壌汚染の原因であることが認められている。このこ

(38) なお、[1] 判決は、所有者の有する侵害除去請求権の消滅時効が問題とされており、その前提として、当該事実関係の下で、そもそも BGB1004 条の請求権が認められると考えることができよう。また、[4] 判決も、当該事実関係の下で、[1・2・3] 判決の参照を指示しつつ、土地所有者の侵害除去請求権が認められることを前提とした判示をする。したがって、いずれの判決でも、油による土壌等の汚染が当該土地所有権の侵害にあたるとの判断がその前提にあるものと考えられる。

とを前提に、連邦通常裁判所は、その行為者たる Y が「かつての行為妨害者」であったことを是認する原審判断を支持し、「一度生じた責任は、義務者の行為によっては、なんら変更を加えられない」と判示する。そして、Y のネガトリア責任の根拠については、「妨害者が責任を負うべき行為の結果、その物質が他人の土地に存在するに至ったということである」と明示する。

その一方で、[5] 判決であるが、同判決では、結論として、請求の相手方とされた隣接地所有者 Y の妨害者該当性が否定されている。そこでは、土壤汚染事例において、何故、Y が BGB1004 条の意味での妨害者に該当しないと判断されたのかが詳細に論じられている。まず、Y の行為妨害者該当性の判断については、原告 X 所有地の土壤汚染が「Y の積極的行為、または義務に違反した不作為に還元することができる」ということが要求され、そのことの立証に X が成功しなければならない旨判示する（なお、X が責任を根拠づける侵害行為の証明をしていないことから、該当性を否定）。また、Y の状態妨害者該当性についても、「所有権侵害は、少なくとも、間接的に Y の意思に還元されねばならない」ところ、本件では、全くの第三者（Y と敵対しているその隣人）によって有害物質（炭化水素）を含んだ液体が Y 所有地に搬入・放出されたこと（= Y の認識・意思なしになされた第三者の行為）が原因である可能性が高く（原審認定）、X がその反証をしてないことから、Y を状態妨害者と認めることができないと判示されている。結局、[5] 判決では、行為妨害者との関係では、Y の「行動、またはその意思活動による」侵害の惹起、そして、状態妨害者との関係では、Y による「（侵害に至る）危険の支配可能性」または「（第三者によってもたらされた）危険状態の維持」のいずれもが認められないことから、その妨害者該当性が否定されたということに注意する必要がある。

なお、[2] 判決では、火災の結果妨害物となる粉ミルクを持ち込んだ Y が端的に妨害者になると判示されており、[1・4] 判決および 2010 年判決も特に詳細に述べることなくガソリンスタンド経営者、オイルタンク設備に給

油を指示した者、有害物質の散布行為を許容した者が妨害者として責任を負うことを前提とした判断がなされている。特に、[3] 判決以降の裁判例では、判決理由で同判決の参照を指示することが多いこともあり、[3] 判決の考え方が、現在の判例の基本的立場になっているとみることができよう。

③侵害除去請求権の内容等 それでは、最後に、侵害除去請求権が認められた場合のその具体的請求内容についてみることにする。なお、具体的な請求内容について判示するのは、[2・3・4・5] 判決であるので、以下では、これらを中心に考察する。

A. 侵害除去義務の範囲 まず、[2] 判決は、粉ミルクの所有者である請求の相手方が BGB1004 条に基づき粉ミルクの除去についてのみその責任を負う旨の判断を下している。当該事案では、火事が原因で粉ミルクが妨害物となったわけであるが、そこでは、連邦通常裁判所は、粉ミルクの所有者が（火事の結果として損害を与えられていない）元の状態での粉ミルクの除去義務のみを負うと判示していることに注意を要する（比較的狭い範囲での除去義務を課すという点で）。

これに対し、[3] 判決は、有害物質による土壤汚染の事例において、請求の相手方に広範囲にわたる除去義務がある旨の判断を下している。前述したように、同判決では、当該土地に有害物質が存在する限り、それは当該土地の所有権の妨害源となり続けるということを前提に、本来的には、そのような妨害源の除去、つまり有害物質のみの除去が妨害者の義務の内容になると考える。しかし、同判決は、本件のように、土壤と侵入している物質との間に密接な結合が生じ、有害物質の単独での除去が技術上達成し得ないようなときには、掘削除去という拡張された給付が BGB1004 条によって請求の相手方に義務づけられるとの判断を下すのである。特に、同判決では、損害賠償請求権との関係にも言及しつつ、前述のような判断を下すことに注意する必要がある（なお、[5] 判決は、[3] 判決を引用しつつ、一般論として同旨の判断を下す。[4] 判決は、端的に、[3] 判決等を引用しつつ、オイル

による土壤汚染事例について、オイルによる土壤および地下水の汚染除去の義務を負う旨判示。なお、このような広範囲にわたる侵害除去義務を認める判例の立場については、最終的に、侵害されている土地所有者に、「改めての土地の利用可能性を確保する」請求を認めるものとの意味を込めて、「再利用可能性理論 (die Wiederbenutzbarkeitstheorie)」と呼ぶこともある⁽³⁹⁾。

B. 費用負担の問題 前項 1 (4) ②で確認したように、ドイツの判例は、請求の相手方が BGB1004 条に基づく侵害除去義務を負うことを前提として、土地所有者自らがその除去に必要な行為をした場合に、事後的な費用請求権を認めている。本稿で取り上げた裁判例でも、そのことに変わりはなく、各判決における最終的な争点は、この費用負担の問題にあるともいえる。

まず、[2] 判決では、事務管理構成で、粉ミルクのみの除去にかかる費用の償還請求権が認められている。

これに対し、[3] 判決では、前項 A でみた広範囲にわたる土壤汚染の浄化処理 (掘削除去) の費用が、請求の相手方 (その原因者) 負担になる旨の判断が下されている⁽⁴⁰⁾ (不当利得または事務管理による費用請求権を否定した原審判断を破棄差戻す。なお、[4] 判決は、[3] 判決等を引用しつつ、事務管理または不当利得に基づく請求権の可能性を肯定。[5] 判決も、一般論としては、不当利得構成での費用返還請求権を肯定)。ただし、このような広

(39) 例 えば、Wolf, Sachenrecht, 17. Aufl., 2001, S.142 ; Wenzel, Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht, NJW 2005, S.241, 243 等参照 (再利用可能性理論の紹介としては、根本・前掲書 (前注 (11)) 283 頁以下、特に 289 頁以下等も参照)。

(40) ドイツの判例・通説は、物権的請求権を行為請求権と解することにほぼ異論なく、その結果、侵害の除去にかかる費用については、請求の相手方が自身の義務を履行するためにかかる費用として、その相手方が負担すると解されている (このことを紹介するものも多いが、ここでは、前注 (1) に挙げた拙稿・広島法学 22 卷 4 号 207 頁以下、23 卷 1 号 141 頁以下、31 卷 4 号 57 頁の他、本文で述べる学説状況も含め、根本・前掲書 (前注 11) 253 頁以下の参照を指示するにとどめる)。

範囲にわたる除去義務に対応した費用請求権を認めることは、連邦通常裁判所も自覚しているとおり（[3] 判決参照）、不法行為に基づく損害賠償請求権との境界線を不明瞭なものとしており、学説にはこの点を批判するものも多く、注意する必要がある。

C. その他（不法行為法上の請求権との関係、消滅時効） 侵害除去請求権と不法行為法上の損害賠償請求権（BGB823 条、249 条）との関係については、両請求権がその要件および効果の点で異なるものであることを前提としつつも、前述したように、連邦通常裁判所は、[3] 判決で、明確に、「除去請求権は、少なくとも、部分的に、損害賠償請求権と大いに同様の原状回復的効力を有」すとしていることに注意が必要である。また、その結果、除去請求権が請求の相手方の過失を要件としないことから、「過失主義に基づく損害賠償法がその効果を失われるという危険」に遭遇する可能性を示唆していることにも注意する必要がある（これらについては、前項 1 でその概要を全体として確認したところでもある）。

ところで、ドイツでは、わが国と異なり、所有権に基づく物権的請求権も消滅時効にかかることがあると解されている⁽⁴¹⁾。[1] 判決は、まさに、そのことが問題となった事案であり、同判決では、BGB1004 条の請求権が時効により消滅していたことから（ただし、BGB902 条との関係で、学説上争いあり）、土地所有者の BGB1004 条の請求権の存在を前提とした費用請求権（事務管理または不当利得）が否定されていることにも注意する必要がある。

3 学説の動向

(41) わが国の判例は、（所有権に基づく）物権的請求権のみの消滅時効を否定する（大判大正 5 年 6 月 23 日民録 22 輯 1161 頁等。通説に同じ。議論の状況について、ここでは、舟橋諄一・徳本鎮編『新版注釈民法（6）〔補訂版〕』（有斐閣・2009 年）112 頁以下〔好美清光担当執筆〕、特に 119 頁以下を参照（ドイツ法の状況も紹介されており、是非参照したい））。

ドイツにおける近時の学説の動向は、前項でみた判例の考え方、そして、それを基本的には支持する従来からの通説が存在する一方で、そのような判例・通説が前提とする BGB1004 条の侵害要件の理解に異議を唱える有力説が、近時その支持者を増やしつつあるという状況にある。以下では、侵害要件についての理解の対立点を確認した上で、各説による場合の問題の捉え方（処理の仕方）の相違をみることにする。

(1) 侵害要件をめぐる議論状況

①一般論 まず、判例・通説の侵害要件の理解について、それは、一般的に、「占有の侵奪または抑留とは異なる方法」での「所有権の内容 (BGB903 条) に反するあらゆる状態」と解されている (前項 1 (2) ①参照)。

これに対し、近時の有力説は、BGB1004 条の制度の沿革、つまりローマ法にその起源を持つ否認訴権 (actio negatoria) との関係から、BGB1004 条の侵害要件を「所有権の法的完全性の侵害 (Eingriffe in die rechtliche Integrität des Eigentums)」、「事実上の権利篡奪 (eine faktische Rechtsusurpation)」⁽⁴²⁾ に制限して理解すべきと主張する^{(43) (44)}。

②土壤汚染と侵害要件 以上のような各理解を基礎に置いた場合、問題となっている土地の土壤汚染が BGB1004 条の侵害にあたるかどうかについて

(42) 例えば、本稿で取り上げた [5] 判決が、その判決理由で、有力説の主張する侵害要件をこのように表現する (BGH, NJW 2005, S.1367)。

(43) このような理解を初めに主張したのはピッカー (Picker) である。ピッカーの BGB1004 条に関する文献は多数存在するが、ここでは、最初の論考である Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972 を挙げるにとどめる。同書の日本語訳については、川角由和『《翻訳》エドアルド・ピッカー著『物権的妨害排除請求権 (1) ~ (14・完)』』龍谷法学 37 卷 2 号 1 頁以下 (2004 年) から 43 卷 1 号 349 頁以下 (2010 年) があるので参照のこと。また、ピッカーの見解をわが国に紹介する文献も複数存在するが、ここでは、最近のものとして、根本・前掲書 (前注 (11)) 177 頁以下を挙げるにとどめる。また、ピッカーの見解の支持者等についても、根本・前掲書 220 頁の注 1) 等を参照のこと。

ては概ね次のように考えられることになる。

まず、判例と同様、通説的理解による場合には、土壤汚染も BGB1004 条の意味での侵害にあたると解されることになる（ただし、近時の有力説と異なり、土壤汚染が侵害にあたるかということを直接に論じるものが多いわけではないことに注意）⁽⁴⁵⁾。

これに対し、近時の有力説による場合には、土壤汚染事例では BGB1004 条の意味での侵害は存在しないと解されることになる。

代表的には、同説の主唱者であるピッカー (Picker) を支持するグルスキー

(44) ところで、本文でも示したように、ピッカーの見解を理解するにあたっては、あらかじめ次のことに注意する必要がある。つまり、BGB1004 条の請求権がその制度の根源をローマ法の否認訴権に有するという事、そして、ピッカーの考えによれば、現行 BGB1004 条のネガトリア責任についても、そのような制度の沿革に十分配慮した解釈をなすべきということである。

そもそも、BGB1004 条の制度の根源とされるローマ法の否認訴権は、土地所有権に関連して、無権利者による当該土地上の役権の僭称に対する防御手段として認められるものであった。ピッカーは、この根源的な要件に注目し、否認訴権にとっては、「相手方による事実上の権利の不当行使」のみが問題になるとする。以上のことから、ピッカーの理解によると、否認訴権にとっては、もっぱら「所有権の法的不可侵性の侵害（法的完全性の制限）」が問題となり、それ故、BGB1004 条の意味における侵害についても、「所有権が他人の権利領域によって重なり合われる」、より具体的には「第三者の行為、第三者に帰属する物の状況または状態により、当該第三者が事実上所有者の権利を行使する」と認められるときにのみ存在すると解されることになる。

(45) 通説的理解を基礎に置く論者は、土壤汚染もある意味当然に BGB1004 条の侵害に該当すると解するようである（注釈書や教科書類では、「所有権内容に反するあらゆる状態」との説明と共に、土壤汚染事例への BGB1004 条の適用を肯定する裁判例を列举するにとどまるものも多い）。むしろ、土壤汚染が BGB1004 条の意味での侵害にあたるかどうかを意識的に論じるのは、近時の有力説であり、その有力説による批判に対する反論として、通説的理解を基礎に置く論者は、土壤汚染の場合にも BGB1004 条の適用を前提とした主張をなしている（例えば、Baur, *Besprechung, AcP* 175 (1975), S.177ff., 179-180 ; Pruetting, *Sachenrecht*, 33.Aufl., 2008, S.236 等参照）。本稿では、以上のことから、本文のような叙述とした。

(Gursky) が、[3] 判決の評釈で次のように述べている⁽⁴⁶⁾。

彼らの理解では、そもそも、BGB1004 条の意味での侵害は、「第三者（妨害者）が、その行動、もしくは彼の物の空間的状况ないし影響力によって、問題となっている所有者の所有物に作用を及ぼすか、または、しかし、当該所有者のその所有物への作用を妨げ、かつ、その第三者が、この方法で、所有権制度に従うと彼に帰属しない支配的地位を事実上占めるとき」に存在するとされる。ここで、妨害者の作用行為に向けられる BGB1004 条の侵害除去請求権は、問題となる作用行為自体が継続している限りにおいてのみ認められるのであり、その場合、同請求権の内容は、その作用行為の停止に尽きることになる。その一方で、第三者の作用行為によってもたらされた新たな好ましくない所有者の所有物の状態は、継続している所有権侵害を意味することはない。以上のことを踏まえ、グルスキーは、例えば、動産がその土地の所有者の意思に反してその所有権領域内に存在するという状態があれば、当該動産が第三者の所有に属するという場合にのみ、BGB1004 条 1 項 1 文でいうところの土地所有権の侵害が存しうるというのである。その結果、彼らの理解による場合には、土壤汚染事例においても、第三者（妨害者）に汚染物質の所有権を觀念することができるのであれば、侵害の存在を肯定することが可能となるが、そうでない限り（例えば、汚染物質の所有権の放棄や汚染物質の土地への付合（BGB946 条）の場合）、そもそも BGB1004 条の意味での侵害は存在しないということになるのである⁽⁴⁷⁾。

（2）請求の相手方（妨害者）と土壤汚染事例

以上述べたことから明らかなように、学説では、そもそも土壤汚染事例における侵害要件の存否（認否）について、かなり異なる結論を前提とする見解の対立がみてとられる。このことは、当然のことながら、BGB1004 条の請

(46) Gursky, a.a.O. (前注(8)), JZ 1996, S.845ff.. 以下、本文の叙述は、同評釈による。

求の相手方、つまり妨害者 (Stoerer) の存否 (認否) にも影響を与える。以下では、土壤汚染事例における妨害者の理解を中心に、各見解の主張するところをみることにする。

①侵害要件についての通説的理解を基礎に置く見解 ここでは、まず、土壤汚染事例においても BGB1004 条の意味での侵害が存在するということが前提となる。したがって、土壤汚染による土地所有権の侵害につき責任を負う妨害者の存在が肯定されれば、侵害されている土地所有者の侵害除去請求権も認められるということになる。ここで問題となってくるのが、「責任を負う妨害者」とはどのような者を指すか、つまり妨害者資格の解釈である。

これについては、前項 1 (2) ②で述べたところであるが、伝統的な通説は、妨害者を行為妨害者と状態妨害者に 2 分して理解する (但し、このような二分的理解に対しては現在のドイツの解釈論においても疑問が呈されていることに注意⁽⁴⁸⁾)。土壤汚染事例における妨害者については、判例の動向でみた[3]判決がその判決理由で述べるように、主として、行為妨害者としての責任が肯定されうる。つまり、土壤汚染が請求の相手方の行動 (積極的行為または義務に違反した不作為) によって引き起こされたときには、その者は行為妨害者として BGB1004 条の責任を負うことになる ([3] 判決では、その所有地での工場操業が該当⁽⁴⁹⁾)。学説では、例えば、バウア (Baur) は、近時の有

(47) このようなグルスキーらの考えは、その他の論者によっても支持されている。例えば、ブーフホルツ／ラドケ (Buchholz / Radke) も明確に次のように述べる。つまり、彼らも、ピッカーらと同様、「妨害者の責任は、妨害者が被害者に配分される法的地位を実際に不当に行使する」ものと理解し、そのことから、「妨害者が、他人の土地で保管されているその物の所有権を放棄し、または、妨害している物質が被害者の所有に移るときに、侵害もなければ、責任もなくなる」とした上で、「連邦通常裁判所の取り扱った土壤汚染事例で、被告である会社は、BGB1004 条の責任を負わない」とする。というのも、彼らの理解では、「化学物質は、BGB946 条、93 条、94 条により、原告の所有に移った」からであると ((Buchholz / Radke, Negatorische Haftung und Billigkeit, Jura 1997, S.454ff., 459-461))。

力説を批判する際に、他人の土地に自動車を駐車した事例と土壤に油を染み込ませた事例で何が違うのか明らかでないとしつつ、請求の相手方の責任を肯定。また、プリュッティング (Pruetting) も、[1] 判決をもとにした例で、BGB1004 条の請求権については「請求の相手方が灯油の所有者としてそのタンクローリーを侵害されている土地で運転したということで足りる」と述べ、その責任を肯定⁽⁵⁰⁾。さらに、エンダース (Enders) は、「権限なく廃棄物またはその他の妨害物質を他人の土地に存在させまたは廃棄させた者は、支配的理解によると、(直接的な) 行為妨害者として除去の義務を負う。溶出した有害物質により隣接する土地が汚染されるときには、その行動によって土壤を汚染する物質が他人の土地に達することになったその行動者が、行為妨害者として請求されうる」と述べる^{(51) (52)}。

②近時の有力説による理解 以上に対し、侵害要件について近時の有力説を基礎に置く場合には、前述したとおり、請求の相手方に有害物質の所有権を觀念することができない限り、そもそも BGB1004 条の意味での所有権侵害自体が存在しないということになる。したがって、ここでは、妨害者を論じるまでもなく、BGB1004 条の適用の前提自体を欠くこととなるわけであるが、侵害要件とも関連させて、それら論者の主張するところを確認してお

(48) 学説では、判例・通説による行為妨害者・状態妨害者の区別が必ずしも明確ではないことを理由に、新たな妨害者概念を模索する動きもみられるところである。この詳細については、すでに、別稿において、ドイツにおける議論状況を明らかにしたところであるので、そちらを参照いただきたい (前注 (1) の拙稿・広島法学 34 卷 4 号 37 頁以下、特に 51 頁以下を参照のこと)。なお、本稿では、依然として判例が従来からの二分的理解を維持することから、差し当たり、この説による場合についてのみ言及することとした。

(49) この判決を支持するものとしては、Kluth, Anmerkung, WiB 1996, S.275; Stichelbrock, Angleichung zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftungsmaßstäbe beim Stoererbegriff des § 1004 BGB, AcP 197 (1997), S.456ff.480 等がある。

(50) バウアおよびプリュッティングについては、前注 (45) の各文献等を参照。

くことにしたい。

ここで、それでは、何故、この見解を支持する論者による場合に、土壤汚染事例において侵害要件を欠くことになるのかという点を、BGB1004 条の意味での妨害者を考えることとも関連することから、改めてみておくことにしたい。

彼らの理解による場合、BGB1004 条の侵害は、端的に言うと、「本来所有者に帰属すべき権限を第三者が無権限に行使していると評価しうる状態」が存在するときのみそれが認められることになる。したがって、土壤汚染事例では、その汚染の原因となっている有害物質の所有者を A、土壤汚染のある土地の所有者を B とすると、B の所有地に無権限に A 所有の有害物質が存在するということが想定されれば、本来 A は B 所有地での有害物質の存在を正当化するために土地を使用する権限を必要とするところ、しかし、そのような権限がないにもかかわらず、事実上、A がそれと同じ状態を維持すること

(51) Enders, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit fuer Altlasten und Abfaelle, 1999, S.178. ところで、状態妨害者については、それほど明示的に述べられているわけではないようである。例えば、エンダースの前掲書では、土壤汚染等に関連しての BGB1004 条の請求の相手方につき、状態妨害者に関する叙述がなされているが、内容的には、これまでの状態妨害者の理解の確認と裁判例の参照が中心であって、行為妨害者ほどには、学説の引用がなく、上記のように考える次第である。なお、すでにわが国でも紹介されているように、ドイツの判例・通説は、もっぱら自然力を原因とするような土地所有権の妨害（侵害）の場合には、BGB1004 条の要件は充たされないと解している（この詳細については、前注（1）の拙稿・広島法学 31 巻 4 号 55 頁以下、34 巻 4 号 37 頁以下を参照）。状態妨害者については、前項 1（2）および〔5〕判決でもみたように、少なくとも、請求の相手方に、所有権内容に反する状態への「意思的関与（＝その意思への還元可能性）」が要求されることから、ある土地に自然のままの状態で有害物質が存在していたとしても、おそらく、直ちには、BGB1004 条の問題は生じないと思われる。つまり、判例・学説が、土壤汚染を BGB1004 条の問題として論じるのは、前述したことをも考慮すると、人の行為によってこれまで存在しなかった有害物質が当該土地に達したというような場合であり、その結果、判例・学説とも、行為妨害者を中心に議論を展開するものと考えられる。

から、そのような場合に限って、BGB1004 条の意味での侵害ありと判断されることになるのである（「A による B の土地所有権の不当行使」と評価しうる状態）。

ここで、さらに、彼らの主張するところを理解するにあたっては、次の 2 点に特に注意する必要がある。つまり、前述の例でいうと、(i) A による有害物質の所有権の放棄、および (ii) 土地と有害物質の付合である。

まず、(i) 妨害物所有権の放棄について、彼らの主張するところによると、一般に、妨害物によるその所有者の BGB1004 条の責任は、その所有者が妨害物の所有権を放棄することによって消滅すると解されている⁽⁵³⁾。前述したように、この見解による場合、BGB1004 条の侵害は「(本来所有者に帰属す

(52) 以上の他、近時の妨害者をめぐる議論を理解するにあたって重要な論者の 1 人であるヘアマン (Herrmann) は、BGB1004 条の妨害者を考えるに際し、同条の意味での所有権侵害を生じさせる原因、つまり妨害源を 3 つ (単なる行為 (積極的行為)、物 (土地の性状)、および行為と物との共同作用) に分類し、妨害源と請求の相手方とを結びつける要素 (因果性 (原因性)) を基準に妨害者概念の再構成を試みている (ヘアマンの最も詳細な論考は、Herrmann, Der Stoerer nach § 1004 BGB, 1987 であるが、本稿では、主として、Herrmann, Die Haftungsvoraussetzungen nach § 1004 BGB, JuS 1994, S.273ff. を参考とした。ヘアマンの見解をわが国に紹介するものとしては、前注 (1) で挙げた拙稿・広島法学 34 卷 4 号 57 頁の他、根本・前掲書 (前注 (11)) 260 頁を挙げるにとどめる)。ここで、ヘアマンの分類法による場合には、土壤汚染事例は、主として、行為と物との共同作用の類型で論じられることとなろう。この類型で、ヘアマンは、ネガトリア責任を根拠づける要素として行為を重要視し、その結果、行為者が妨害者になるとする。したがって、ある者の行為によって妨害物 (ここでは有害物質) が他人の土地に達しその所有権を侵害しているという事例においては、基本的に、その行為者が請求の相手方ということになろう。なお、[5] 判決の状態妨害者の判示とも関連して、仮に、土壤汚染事例で、物 (土地の性状) による妨害類型が問題とされるのであれば (ある土地の土壤汚染が隣接する土地に広がったというような場合)、ヘアマンの見解によると、当該土地の占有者による保全義務の違反、つまり不作為が隣接する土地の侵害の原因となっていると評価できるときには、その占有者が BGB1004 条の妨害者として責任を負うことも考えられる。

る権限の) 第三者による不当行使」と評価される状態に存するわけで、そのような状態が解消されれば(前述の例では、Aが有害物質の所有権を放棄すれば、B所有地の使用権限も不要となり、侵害も観念されなくなる)、もはやBGB1004条が機能する余地はないと解するのである(つまり、BGB1004条の請求権は第三者による権利の不当行使を阻止するものと解する)。

次に、(ii) 有害物質の土地との付合について、ここでも、(i) 放棄の場合と同様、有害物質の土地への付合によって、有害物質上のAの所有権が存在しないということになれば、そもそもBGB1004条の意味での侵害要件を欠くことになる。したがって、侵害のない以上、BGB1004条の適用の要件を欠くことになり、かつての有害物質の所有者AもBGB1004条に基づく責任を負うことはないと解されるのである⁽⁵⁴⁾。

(3) 請求内容の範囲

ここまでの考察から明らかなように、学説での土壤汚染事例をめぐる議論状況は、侵害要件についていかなる見解を支持するかによって2分されることとなる。特に、近時の有力説を支持する場合には、前項ですでにみたように、有害物質が土地と付合すると、そもそもBGB1004条の問題が生じず、また、そうでなくとも、有害物質の所有権の放棄によって、妨害者の責任も消滅す

(53) 例えば、Picker, a.a.O. (前注(43)) S.113ff. (日本語訳については、川角・前掲(前注(43)) 龍谷法学 40 巻 1 号 184 頁以下参照); Staudinger/Gursky, § 1004 Rn.112 (その他の支持者についても同所を参照) 等を参照のこと。

(54) 例えば、Picker, a.a.O. (前注(43)) S.116ff. (日本語訳については、川角・前掲(前注(43)) 龍谷法学 40 巻 3 号 314 頁以下参照); Staudinger / Gursky, § 1004 Rn.112 (なお、妨害物の所有者としての地位を失うことで、責任も消滅すると述べる)。この他、ピッカーらの見解を支持しつつ、付合の場合に侵害なしとするのものとしては、前注(47)で紹介したブーフホルツ／ラドケの他、Lobinger, Schadensersatz fuer schuldlos verursachte Bodenkontaminationen?, JuS 1997, S.981ff., 983; Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010, S.570 等がある。

る。したがって、ここで取り上げる請求内容の範囲についても、これ以上、特に論ずべき事柄がないことをまず確認しておきたい。

以下、本項でその議論状況を確認する必要があるのは、判例と同様、侵害要件を広く解する通説による場合についてのみである。

そもそも、[3] 判決がその判決理由で明示するように、次のことについては、概ね学説上意見の一致が認められる。つまり、他人の所有物の存在によりその土地所有者が自己の土地から他人の物を取り除くという物支配を侵害されているという事例では、「その土地に存在する物質自体が問題」なのであって、「その限りで、…妨害者がこの物を BGB1004 条 1 項により除去しなければならない」ということである。土壤汚染事例における特殊性は、判例・学説が指摘するように、「土壤とそこに侵入している物質との間に密接な結びつき」が生じていることであり、そのような状態にあるからこそ有害物質の土地への付合等が問題となってくるわけである。また、このような密接な結合状態があるが故に、これも判例等が指摘するように、「有害物質の単独での除去」が困難となり、学説でも、BGB1004 条の請求内容として、拡張された給付、つまり「汚染土壤の浄化処理（掘削除去）」、さらにはそのような措置をしたことによって不可避免的に生じる状態の除去（原状回復）までもが請求しうるかが問われるわけである。

ところで、従前の判例・学説の傾向としては、BGB1004 条の侵害除去請求権と不法行為法上の損害賠償請求権の境界付けという問題を考えるにあたり、両請求権を区別するためにも、「侵害 (Beeinträchtigungen)」と「損害 (Schaden)」の境界付けの試みがなされてきたといえる。その際、BGB1004 条の「侵害」にどのようなものが含まれるかということが論じられ、かつての学説状況としては、論者によって、種々の主張がなされてきたところである⁽⁵⁵⁾。ただし、近時の文献では、そのような請求内容解釈論につき、近時の有力説と並んで、判例の立場を支持する見解（再利用可能性理論）と「反対の行為理論 (die Actus-contrarius Theorie)」に言及するものが増えつつある⁽⁵⁶⁾（共に、

土壌汚染事例を BGB1004 条の適用事例と解する)。そこで、本稿では、それら 2 説の説くところを簡単にみておくことにする。

まず、判例の立場を支持する見解 (再利用可能性理論)⁽⁵⁷⁾ についてであるが、この見解の内容は、前項 2 (2) ③A ですでにみたとおりである (したがって、その詳細については当該箇所を参照のこと)。この見解では、侵害を除去するために必要な行為をした結果もたらされた状態の回復までもが BGB1004 条の請求内容に含まれ、土壌汚染事例では、汚染土壌の掘削除去だけでなく、その措置を講じた結果生じた状態の回復までが、BGB1004 条で請求しうるることとなる。

次に、「反対の行為理論」であるが、この見解も、近時の有力説と同じく、その支持者は多い⁽⁵⁸⁾。この見解の主唱者であるバウア (Baur) は、従来の学

(55) ドイツの請求内容解釈論の大まかな状況については、前注 (1) で挙げた拙稿・広島法学 24 巻 1 号 104 頁以下を参照のこと。なお、このことに関するわが国での先行研究も多数あるが、近時の詳細な研究として、根本・前掲書 (前注 (11)) 253 頁以下を挙げるにとどめる。

(56) 例えば、前注 (47) のブーフホルツ／ラドケの他 (ただし、判例等の考え方を再利用可能性理論と表現せず)、Enders, a.a.O. (前注 (51)), S.194ff.; Wolf, a.a.O. (前注 (39)), S.142f.; Lettl, Die Beeinträchtigung des Eigentums nach § 1004 I 1 BGB, JuS 2005, S.871ff., 872 (ただし、判例等の考え方を「因果性の理論 (die Kausalitätstheorie)」と表現する); Baur/Stuerner, Sachenrecht, 18.Aufl., 2009, S.145; Wellenhofer, Verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht, GS M.Wolf, 2011, S.323ff., 325-327 等を参照。

(57) 例えば、ヴォルフ (Wolf) がこの見解を支持する (Wolf, a.a.O. (前注 (39)), S.142-143。利用可能な状態の回復を請求内容に含むと解する)。また、Wenzel, a.a.O. (前注 (39)) NJW 2005, S.243 等も参照。

(58) バウアの他 (例えば、Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961), S.465ff., 487ff.), Larenz / Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.2.Besonderer Teil, 13.Aufl., 1994, S.700f., 696-699; MuenchKomm(=Muenchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6:Sachenrecht, 4.Aufl., 2004) / Medicus § 1004 Rn.73 等が支持する。この他の支持者については、ひとまず、前注 (1) に挙げた拙稿・広島法学 24 巻 1 号 110 頁の注 (54) 等を参照。

説が侵害除去義務の範囲を「侵害」概念と結びつけて考えることに異論を唱え、むしろ、「侵害は、除去義務の範囲を定めるための手がかりとしては、役立ち得」ず、侵害概念からは妨害者の除去義務の範囲は導かれないと主張し、「侵害されている所有者は、妨害者に対して、所有権を侵害しているのとは反対の行為（侵害を消滅させる行為）を請求することができる」との考えを提示した。バウアは、すでに述べたように、近時の有力説に対する批判において、土壤汚染の事例にも BGB1004 条の適用を肯定することから、彼の理解に従って考えると、ここでも、土壤汚染による所有権侵害を消滅させる行為を請求しうるということになる⁽⁵⁹⁾。

4 小括

ここまで、ドイツにおける判例・学説の動向を考察してきた。そこで、以下では、ドイツの議論状況をまとめておくことにしたい。

(1) 土壤汚染と所有権侵害

(59) Baur, a.a.O. (前注 (58)), AcP 160, S.488-489; ders., a.a.O. (前注 (45)), AcP 175, S.179-180 等を参考として彼の考えを推論するとこのようになると考えられる。また、彼の見解を支持するラレンツらによると、BGB1004 条の侵害除去請求の内容としては、反対の行為、つまり第一次的な妨害の源の除去のみが認められ、正当な権限なく他人の土地に廃棄物が存在するような場合には、その搬出がその請求内容になると述べられている (Larenz / Canaris, a.a.O. (前注 (58)), S.698, 700)。つまり、彼らの見解による場合には、他人の土地に有害物質が達したことによって所有権の侵害が生じたのであれば、それと反対の行為を請求の相手方（妨害者）はなす義務を負うことになる。

なお、反対の行為理論でも、侵害の結果としての損害の賠償が BGB1004 条の侵害除去請求の内容に含まれないと解されているが、その損害と次の損害とは別であると解されていることに注意を要する。つまり、妨害の除去の際に生じる付随的損害（侵害の除去と不可避免的に結びつく結果）である。例えば、ラレンツらは、このような損害は除去の費用に属することから原則として妨害者に責任を負わせるべきと述べており、そうすると、結果において、連邦通常裁判所の判断と大差ないこととなろう (Larenz / Canaris, a.a.O. (前注 (58)), S.701)。

ドイツにおける議論の出発点は、すでに明らかなように、有害物質による土壤汚染をそもそも BGB1004 条の意味での所有権侵害と評価するかどうかにあるといえる。近時の有力説は、これまでの判例・通説とは異なる侵害概念を前提に、土地の土壤汚染を「終了した作用行為によって惹起された新たな好ましくない当該物の状態」（要するに、侵害の結果生じた土地の状態）の問題と捉え、多くの場合、所有者と請求の相手方の権利領域の重なり合いが想定できないことから、BGB1004 条の意味での侵害がすでに継続しておらず、その結果、同条の問題は生じないと解する。これに対し、判例・通説の立場は、土地所有者にとって、他人の所有に属した有害物質が自己所有地に無権限に存在する状態を BGB1004 条の意味での現に存する「侵害」と捉え、依然として同条の適用問題が生じると解するのである。

つまり、両者は、土壤汚染という同じ事実状態を法的に如何に評価するかという点で異なるものであり、BGB1004 条の侵害要件の充足について、非常に対照的な立場を示す結果となっている。但し、侵害概念を非常に広く解する判例においても、土壤汚染については、その状態が「土地所有権への干渉の結果、損害であるように思われる」ことを否定し難いことを意識していることには注意を要しよう（例えば、[3] 判決の判旨参照）⁽⁶⁰⁾。

（2）土壤汚染事例の法的取り扱いの相違

前項（1）で述べたことから明らかなように、近時の有力説を前提とする場合には、土壤汚染事例は、ほぼ BGB1004 条の侵害要件を充足しないとい

(60) なお、近時の有力説による場合には、土壤汚染は、BGB1004 条の意味での現に存する侵害の問題ではなく、侵害の結果生じた状態（不利益、損害）の問題と解され、請求の相手方の過責要件を前提とした不法行為法上の原状回復請求（損害賠償請求、BGB823 条、249 条）という方法でその回復がなされうることになる。この点、判例・通説の立場でも、請求の相手方の過責要件が充たされる場合には同様である。つまり、両者の相違は、突き詰めると、請求の相手方の過責が認められない場合の土壤汚染の回復請求の可否ということになる（判例・通説は肯定）。

うことになる。例えば、[5] 判決でも例示されているように、有害物質の所有者 A が存在し、その有害物質による土壤汚染が B 所有地で生じたとしても、近時の有力説の主張するところによれば、A の有害物質が B 所有地と付合し B が有害物質の所有権を喪失するか、またはその所有権を放棄することによって、A と B の所有権領域の重なり合いは想定されなくなり、BGB1004 条の適用、さらにはそれを前提とした A の有害物質の所有者としての責任は問題にならないということになる。

近時の有力説による BGB1004 条の請求権（妨害者の責任）の内容は、権利領域の重なり合いの解消に尽き、妨害者は、そのために必要なことをなせばそれで足りる（前項 3（2）②参照）。つまり、有害物質の土地への付合の場合には、元々は A の有害物質が B 所有地に無権限に存在したとみることができ、土地への付合により、当該有害物質は土地の本質的構成部分となつて、土地所有権の効力がその上に及び、そもそも A と B の所有権領域の重なり合いを想定しえない（BGB946 条、93 条、94 条参照。この場合、A は権利領域の重なり合いを解消するまでもない）。また、仮に有害物質の土地への付合が認められない場合であっても、A は、その所有権を放棄すれば、B の土地所有権との権利領域の重なり合いを解消したこととなる（この場合、A は B 所有地での有害物質の存在を正当化する権限を必要としなくなり、その意味で、権利領域の重なり合いが解消される）。近時の有力説は、BGB1004 条の問題としては、まさに上述したようなことが問題となるのみであって、土地所有者にとって、有害物質による土壤汚染とそのような状態の回復（除染等）は、BGB1004 条ではなく、BGB823 条、249 条の不法行為法上の原状回復（損害賠償）請求の問題として処理すべきと考えるのである⁽⁶¹⁾。

これに対し、判例および従来からの通説ともいわれる学説においては、何故、A 所有の有害物質によって B 所有地の土壤汚染が問題となっている場合

(61) Picker, a.a.O. (前注 (43)), S.92; Staudinger / Gursky, § 1004 BGB Rn.112-113 等。

に、BGB1004 条の意味での侵害がないと言い切れるのかということについて疑問が呈されていることはすでにみた通りである ([3] 判決の判決理由 (具体的には前注 (29))、および前項 3 (2) ①参照)。確かに、土地所有者 B の立場で考えると、A の所有物であった有害物質が原因となって、土地に対する物支配が妨げられているといえる。[5] 判決で詳細に述べられているように、BGB903 条によって所有者に認められている物支配が「他人の物または物質を自らの土地から遠ざけておくこと」(つまり、その所有者の意思に反して他人の物が自己所有地に達することは許されない) を含むとの前提からすれば、土地所有権の侵害ありと解することもそれほど問題はない。また、学説等も指摘するように、他人の物の存在による土地所有権の侵害という点では、土壤と密接に結びついた有害物質とそれ以外 (例えば、無権限に駐車されている自動車等) とで、全く異なる取り扱いをするということにそれほど明確な (合理的な) 理由は見いだせないともいえる。

以上のことから、土壤汚染事例の法的取り扱いについては、判例・通説の理解によると、土壤汚染事例も、違法駐車事例等と同様、共に BGB1004 条の適用問題となるが、近時の有力説による場合には、前述したような理解を前提に、土壤汚染事例では、ほぼ BGB1004 条の問題は生じないということになる。

(3) 土壤汚染事例における BGB1004 条の果たす役割

以上みてきたように、ドイツでの土壤汚染事例と BGB1004 条の請求権に関する解釈論は、判例・通説と近時の有力説とで大きく異なる。

まず、近時の有力説によると、繰り返し述べたように、土壤汚染事例では、多くの場合、BGB1004 条の侵害は存在せず、その結果、BGB1004 条の適用は問題とならない (つまり、土壤汚染の除去との関係で、BGB1004 条は機能しえず、もっぱら BGB823 条、249 条による不法行為法上の原状回復 (損害賠償) 請求の問題が生じるだけである (請求が認められるためには、請求の

相手方の故意・過失要件の充足が必要))。

その一方で、判例・通説によると、前述したように、土壤汚染事例でも BGB1004 条の適用が認められる結果、請求の相手方の過失の有無を問うことなく、土壤汚染（有害物質の存在）による侵害の除去を土地所有者は請求しうることになる。ここで、次に問題とされたのが、侵害除去請求権の範囲についてである。

判例・学説とも自覚的に述べているように、土壤汚染による侵害の特殊性は、「有害物質と土壤との密接な結合」状態、侵害の除去との関係でいうと「妨害物たる有害物質の単独での除去の（技術的な）困難さ」にあるといえる。このことから、BGB1004 条の侵害の存在を前提とする判例・通説による場合には、その侵害につき責任を負う者は、有害物質の単独での除去が技術的に困難であるのであれば、そのような侵害の除去のために必要な措置（拡張された給付）、具体的には汚染土壤（有害物質を含んだ土壤）の掘削除去にまで、その責任（義務）が及ぶかが問題とされるのである（すでにみたように判例・学説とも肯定的。判例については前項 2（2）③、学説については前項 3（3）参照）。さらに判例およびそれを支持する学説による場合には、除去義務の履行に伴って不可避免的に生じる状態の回復が、BGB1004 条の侵害除去請求権の内容に含まれると解されており、請求の相手方は、その過失を要件とされないにもかかわらず、非常に広範囲にわたる除去義務を課されることになる。また、すでにみたように、ドイツの判例・通説では、所有者自らが侵害の除去に必要な行為をした場合に、請求の相手方が BGB1004 条に基づく義務を負うことを前提として、所有者に事務管理または不当利得に基づく費用請求権が認められている（この点、判例については前項 2（2）③ B でも確認したところであるが、全体概要については前項 1（4）②も参照のこと）。このことは、近時の有力説が指摘するように、請求の相手方の過失を要件としない土壤汚染の除去に要する費用の賠償請求を認めることと実質的に異ならないともいえることに改めて注意する必要がある。

三 若干の検討

本稿では、ここまで、土壤汚染と物権的請求権に関するドイツ法の状況を考察してきた。以下では、わが国の解釈論にいかなる示唆が得られるかということを念頭に置きつつ、いくつかの問題点について、若干の検討を行うことにしたい。

1. 有害物質による土壤汚染とその評価

わが国で、土壤汚染の問題は、本稿の冒頭でも指摘したように（前項一（1）参照）、必ずしも物権的請求権の問題として論じられてきたとはいえない。むしろ、これまでの裁判例の状況をみる限りは、訴訟の当事者関係にも注意する必要はあるが、損害賠償請求の問題を中心に論じられてきたということができる。なお、わが国の従来からの解釈論によると、物権的請求権では「現に存する土地所有権の侵害（妨害）」とその除去（排除）が、他方、損害賠償請求では土壤汚染によって生じた損害の（金銭での）回復が各々問題になる。

ここで、ドイツの法状況と対比してみると、確かに、本稿では、BGB1004条の請求権に関わる判例・学説の状況のみを考察したわけであるが、物権的請求権の要件としての所有権侵害につき、わが国でも2つの評価が可能であると思われる。

すでに明らかなように、その第1は、ドイツにおける近時の有力説の示す帰結であり、土壤汚染を「終了した作用行為によって惹起された好ましくない当該物（ここでは、土地）の状態」（侵害の結果としての損害）とみて、土壤汚染の問題は、結局のところ、土地に生じた損害の回復の問題として論じられるにすぎないとする評価である。

その第2は、ドイツの判例および従来からの通説が示す考え方であり、BGB1004条の侵害とは、「所有権の内容（BGB903条）に反するあらゆる状態」を意味し、「他人の所有に属した有害物質が土地所有者の意思によることなく

その土地に達した状態 (= 有害物質による土壤汚染)」を同条の意味での侵害ありとする評価である。

なお、ここで、わが国で土壤汚染という状態を前記 2 つの考え方を参考として、如何に評価するかを考えるに際しては、いくつか注意しなければならない点が存在すると思われる。

まず、土壤汚染の問題をもっぱら損害賠償の問題として論ずべきとする近時の有力説を参考とする場合には、その根底に、BGB1004 条の侵害要件について、独自の理解（「所有者と請求の相手方の権利領域の重なり合い」）を基礎に置くということに注意しなければならない。近時、わが国でも、物権的請求権に関するドイツ法研究のさらなる深化がみられ、そのような近時の有力説に好意的な論者も少なくない⁽⁶²⁾。また、結論の点では、前述のように、これまでのわが国の議論状況としては、土壤汚染の問題を損害賠償の問題と関連づけて論ずるという傾向があることにも留意する必要がある。ただし、結論の点での類似性が認められるからといって、わが国の解釈論の状況とドイツの近時の有力説が、物権的請求権の侵害要件の点で、共通の認識を有しているかどうかはまた別の問題であろう。ドイツの近時の有力説から示唆を得て、わが国でも土壤汚染の問題を損害賠償の問題としてのみ論じるとするかどうかは、彼らの理解（侵害要件、さらにはそれと密接に関連する物権的請求権の制度目的（請求内容））をわが国の物権的請求権解釈論に導入することにも関わるものであり、これまでのわが国の解釈論の状況に照らしつつ慎重に検討する必要があると考える。

次に、その一方で、仮にドイツの判例・通説を参考としつつ、土壤汚染を BGB1004 条の侵害ありとみる場合にも、問題がある。というのも、連邦通常裁判所自体も自覚的に述べるように、有害物質による土壤汚染という状態は、

(62) 例えば、根本・前掲書（前注（11））212 頁以下など。なお、根本・同所の脚注において、ピッカーらの見解と同旨の内容を主張するわが国の論者の紹介があるので参照のこと。

やはり「土地所有権への干渉の結果」、つまり「損害」と評価しうることを否定できないからである。土壤汚染事例にも BGB1004 条の適用があるとする学説では、前述のとおり（前項二 3（2）①参照）、近時の有力説に対する批判として、「土地所有者の意思によることなく他人の物が自己所有地に達したという状態」について、油等による有害物質の存在と違法駐車のような妨害物（ここでは自動車）の存在とで、両者を明確に区別して取り扱う合理的理由は見出し難いと述べられることがある。確かに、土地所有者からすると、自らの意思によることなく妨害物が存在すれば、その物支配が妨げられているとの共通の評価は可能ともいえる。

ここで、ドイツの法状況で注意を要するのは、BGB1004 条の侵害除去請求権、さらには BGB823 条、249 条の損害賠償請求権が、共に原状回復請求を含みうると解されていることである。つまり、ドイツでは、すでに指摘したように、土壤汚染事例にも物権的請求権の問題が生じると解する場合には、両請求権の境界付け、過失要件の要否に関わる両制度の体系的な位置づけへの影響という、非常に困難ではあるがその解決が必須となる問題に取り組まねばならないということを覚悟しなければならない。

しかし、わが国の損害賠償法の状況をみると、わが国の法制度および解釈論の状況は、ドイツと同一ではない。というのも、ドイツでは、損害賠償の方法は、原則、明文規定をもって、原状回復とされているが（BGB249 条 1 項）、わが国ではそうではないからである（日民 722 条 1 項、417 条参照）。つまり、物権的請求権と損害賠償請求権の境界付けという問題は、ドイツでは、判例およびこれまでの通説による限り、不可避的な問題ともいえるが、わが国ではそうはならないと考えられるのである。このような相違を踏まえ、わが国で土壤汚染の問題を考えると、わが国では、土壤汚染を現存する土地所有権の侵害とみる場合に限って、その除去を物権的請求権を通じて実現しうるということが問題となり、不法行為法的救済との関係では、土壤汚染の浄化処理自体を請求の相手方に請求することは原則として認められないと考えら

れることにも留意する必要がある（不法行為法上は、浄化処理にかかる費用の賠償が問題となる）。

2. 請求の相手方（妨害者）の帰責の根拠

次に、BGB1004 条によって請求の相手方（妨害者）が負うことになる責任の根拠（BGB1004 条の請求権の制度趣旨を含む）という観点から、土壤汚染事例の問題の処理の仕方を考えてみることにする。

前述のとおり（前項二 3（2）②、4（2）参照）、ドイツの近時の有力説は、「所有者と請求の相手方の権利領域の重なり合い」に BGB1004 条の侵害を見出し、同条の請求権をそのような権利領域の重なり合いを解消するものと理解する。したがって、他人（A）の物が無権限に土地所有者（B）の所有権領域内に達した場合（妨害物による土地所有権の侵害事例）には、B 所有地における A の物の存在を正当化するため、本来 A にその土地の使用権を要するところ、A にはそのような権限がないにもかかわらず使用権を行使しているのと同じ事実状況がある点に、A による B 土地所有権の侵害を見出し、BGB1004 条の請求権はそのような状況の解消を目的とすると考えるのである。ここで、近時の有力説による場合には、請求の相手方（A）の帰責の根拠は、本来土地所有者（B）に帰属するはずの使用権の事実上の不当行使と評価しうる状態にある。したがって、請求の相手方（A）は、BGB1004 条に基づく責任として、そのような状態の解消に必要なことをなさねばならないのである。具体的には、例えば、B 所有地から A 所有の妨害物を運び出せば、A は B 所有地の使用権を必要としなくなり、侵害を除去したことになる。また、有力説による場合には、BGB1004 条では権利領域の重なり合いが解消されさえすればよいことから、A が妨害物上の所有権を放棄することによって、前述のような権利領域の重なり合いは解消され、侵害は除去されたことになる。また、土壤汚染事例では、明確に主張されているように（前項二 3（1）②参照）、A の所有に属した有害物質が B 所有の土壤と密接に結合し、付合し

たと評価される場合には、有害物質上のAの所有権は觀念されず、Bの土地所有権の効力が有害物質（土地の本質的構成部分）にも及び、そもそもAとBの権利領域の重なり合い自体を考えることができない。つまり、そこでは、そもそも侵害自体がないのであって、その当然の帰結として、BGB1004条の適用も想定し得ないことになる。

その一方で、判例および伝統的な通説による場合には、BGB1004条の請求の相手方とその責任は、行為妨害者（行為責任）と状態妨害者（状態責任）に2分して理解される。この二分的理解に対しては、近時、その区別が必ずしも容易ではないとの批判もあるところであるが⁽⁶³⁾、依然として、ドイツの判例ではその枠組みを基本的に維持する傾向がみてとられるので、以下では、ひとまず判例の考え方をベースとして検討する。

判例の判示するところによると、行為妨害者の帰責の根拠は、当該侵害につき、「その行動（積極的な行為）」、または「その意思活動（義務に違反した不作为）」に求められることになろう。また、状態妨害者については、当該侵害状態への意思的関与が求められ、「所有権侵害に至る危険の支配可能性の有無」といったことが問題とされる。

ここで、土壤汚染事例において、請求の相手方のBGB1004条の責任が肯定された事例を取り上げつつ、その帰責の根拠について考えてみることにしたい。

具体的事案で、請求の相手方の帰責の根拠がある程度明確であるのは、行為妨害者についてである。前述したように、行為妨害者については、その「行動」または「意思活動」が要求されるところ、[3]判決では、請求の相手方の工場操業に由来する隣接地の土壤汚染につき、行為妨害者としての責任が肯定されている。判例によると、行為妨害者としての責任の根拠は、「その者

(63) このことの詳細については、前注（1）の拙稿・広島法学34巻4号52頁以下等を参照のこと。

が責任を負うべき行為の結果、有害物質が他人の土地に存在するに至った」ということのみ求められ、妨害物の存在による土地所有権の侵害に関しては、当該「行為」に基づき生じた責任は、その後の義務者の行為によって何ら変更を加えられないと判示されている。

ここで、近時の有力説との対比において、特徴的であるのは、次のことである。つまり、請求の相手方の「行為」によって土壤汚染が引き起こされた場合には、土壤に有害物質が存在するという状態を継続的な土地所有権の侵害と評価しつつ、その責任の根拠は、過去になされた（原因）行為に求められているという点である。判例・通説による妨害者の責任は、場合によっては、因果責任（Kausalhaftung、侵害に対する原因性（因果性）を基準に妨害者の責任を考える）と呼ばれることもあるが、このような理解を前提とする場合、請求の相手方の責任は、すでにその（原因）行為によって基礎づけられ、その他の事情は基本的に何ら請求の相手方の責任に影響を与えないものと考えられる。そのため、有力説が説くように、請求の相手方が妨害物の所有権を放棄するということはいうまでもなく、（原因）行為の結果、有害物質が隣接地に達し、土壤と密接な結合を生じ、付合したとしても、請求の相手方の BGB1004 条の責任はすでにその（原因）行為によって根拠づけられていることから、放棄や付合といったその他の事情の影響を受けることはない。ただ、このような解釈を是とする場合、物権的請求権によって請求の相手方が負う責任は「過去の行為に基づく責任」と評価しうることとなり、不法行為責任との関係がより不明確なものとなることは否定できない（すでに、ドイツの学説がこの点を指摘していることは何度も述べたことである）。

また、有害物質の土地との付合に関してであるが、仮に、その付合を認めるとすると、有害物質は土地の本質的構成部分となって、それには土地所有権の効力が及ぶこととなる（BGB946 条、93 条、94 条）。確かに、その除去を求める土地所有者の立場に立って考えると、（自身の所有権の効力が及んでいるとしても、）有害物質の存在によって、自らの土地所有権の行使が制限さ

れるのであれば、それを侵害とみて、その原因者等に対してその除去を求めると解することに一定の有用性が認められよう。しかし、その一方で、請求の相手方の立場に立った場合、問題はないのであろうか。というのも、有害物質の付合が認められる場合には、請求の相手方にとって、有害物質は他人の物（土地所有者の物）となっているからである。前述したように、学説等においては、土壤汚染と違法駐車等との場合で、土地の所有者の立場からすると、妨害物の存在によって物支配が妨げられているという点で、それほど明確な相違はないといわれたりする。いずれの場合も、侵害（妨害物）を除去するために、請求の相手方は、まずは他人の所有地に立ち入るといった点で、土地所有者の所有権領域への介入を必要とする。しかし、妨害物自体の除去という点で、異なるところがあることも忘れてはなるまい。つまり、違法駐車の場合には、妨害物である自動車は土地所有者の所有物ではなからうが、土壤汚染、つまり有害物質の場合にはそうではないのである（土地所有者の物）。ドイツの判例・通説によるとして、付合が認められるような場合に、こういった相違をどう考えるかということも考慮する必要があるように思われる。

3. 物権的請求権を肯定する場合の留意点

結局のところ、ドイツの近時の有力説と同様、土壤汚染の問題をもっぱら損害賠償の問題として取り扱う方が、ドイツの議論状況を見る限りは、ある意味、問題は複雑化しないように思われる。また、わが国でも、土壤汚染事例は、その浄化処理に関わる費用負担の問題として、本稿で取り扱ったような問題を損害賠償を中心に論じればそれで足りるかもしれない。しかし、その一方で、わが国の損害賠償法は金銭での損害の回復を基本としており、やはり、わが国でも、現に土壤汚染があることによりその土地利用を妨げられている土地所有者の中には、他人がその土壤汚染を引き起こしたというような場合に、そのような妨害の除去を求める所有者がいるようにも思われる（関

連することは前項1でも述べたところである)。

そこで、本項では、土壤汚染事例に物権的請求権の成立を認めるドイツの判例・通説を参考に、わが国でも物権的請求権の成立を認める解釈を展開するとして、いかなる点に留意しなければならないかということに言及しておくことにしたい。なお、侵害要件、および請求の相手方(妨害者)とその帰責の根拠に関連しては、すでに言及したところもあるので、以下では、請求内容の問題を中心に述べることにする。

まず、物権的請求権の成立を認めるドイツの判例による場合には、BGB1004条の侵害除去請求権の範囲は、非常に広範なものとなる。そもそも、侵害要件の充足の点では、土地所有者の意思に反するその所有地での「有害物質の存在」自体が侵害とみられることにそれほど異論はない。むしろ、問題を生じさせているのは、その単独での除去が技術的に困難であるとの事情である。そこで、判例は、その単独での除去が困難であり、侵害の除去のために拡張された給付、つまり有害物質を含んだ土壤の掘削除去が必要なのであれば、BGB1004条の責任はそこまで拡張されるとする。さらに、判例は、汚染土壤の掘削除去の結果、不可避免的に生じる土地の状態をも考慮し、掘削除去の結果掘り起こされた状態での土地では、依然として土地所有者の物支配は害されたままであることから、そのような状態の回復までもが、BGB1004条の責任に含まれると解するのである(近時、再利用可能性理論と呼ぶことがあるのは、前述のとおり(前項二2(2)③A参照))。

以上のような解釈は、ドイツにおいても、BGB1004条の侵害除去請求権の内容を最も広く解した場合についてである。したがって、わが国でも、土壤汚染事例において物権的請求権を認める場合には、最大、ここまでの責任(義務)を請求の相手方に認めるのかということを検討しなければならない。なお、ドイツでは、判例・通説だけでなく、近時の有力説によるとしても、すでに述べたように、請求の相手方の故意・過失が認められる場合、つまり、土地の所有者がBGB823条、249条により土壤汚染の浄化処理を不法行為法

上の原状回復請求として求める場合には、そのような請求は基本的に認められると考えられる。結局、ドイツで議論の対象となっているのは、請求の相手方の故意・過失が認められない場合についてである。そこで、わが国の法状況を考慮して、土壤汚染と物権的請求権の問題を考えるにあたっては、やはり、わが国における損害賠償法の状況を無視するわけにはいくまい。前述したとおり、わが国では、損害賠償の方法は金銭賠償を原則とする。つまり、ドイツと異なり、わが国では、不法行為法上の請求として、汚染土壤の浄化処理に必要な措置自体を講じるよう求めることは原則として認められまい。その結果、そのような措置を講じるよう求める手段としては、物権的請求権の行使によるほかないともいえる。このような損害賠償法についての相違も考慮して、わが国では、物権的請求権に権利侵害に対する救済手段としてどのような役割を果たすことが期待されているのか、また、その要件論を考えるに際しても、これまでのように、ドイツ法を比較法の対象としつつ、わが国の法状況との対比において、いかなる解釈論を展開する必要があるのかということを土壤汚染事例の取り扱いを1つの契機として改めて再考する必要があると考える。

最後に、仮に、土壤汚染事例を物権的請求権の問題として処理する可能性を認める場合には、次の点にも留意する必要がある。これまでのわが国の具体的民事裁判例の動向をみると、誰と誰がいかなる関係に基づいて争っているかということをひとまずここでは捨象してみる場合には、土壤汚染事例における損害賠償請求の事案では、当該請求権の期間制限という1つの壁が存在しているように思われる⁽⁶⁴⁾。これは、ある意味、土壤汚染がストック公害（蓄積型公害）ともいわれる特殊性の現れとみることもできよう。

このことに関連して、わが国の特に所有権に基づく物権的請求権に関して

(64) このことに関して、ここでは、ひとまず、拙稿「第2章 土壤汚染に関する近時の民事裁判例の動向」鳥谷部茂他編『現代民事法改革の動向Ⅳ』（成文堂・2013年）19頁以下を参照のこと。

は、判例・学説によると、それは消滅時効にかからないものと解されている⁽⁶⁵⁾。つまり、土壤汚染事例を損害賠償の問題としてのみ処理する場合には、消滅時効といった期間制限の問題がついてまわるといえようが、物権的請求権の問題として処理する場合には、また別の取り扱いの可能性が開けることとなる（この点で、ドイツの法状況は、わが国と異なる。ここでは、[1] 判決を参照）。その是非については、わが国でも所有権に基づく物権的請求権が消滅時効にかかることはないのかということを含めて、改めて検討する必要があると思われるが、土壤汚染事例の問題の処理の仕方に関しては、このような期間制限という点をも考慮して考える必要があるといえよう。

四 今後の課題

ここまで、本稿では、土壤汚染と物権的請求権の問題につき、ドイツの具体的裁判例と学説の議論状況を参考に、わが国の解釈論において、どのような方向性がありうるのか、また、その際に留意しなければならないことは何かということを多少なりとも明らかにしてきたつもりである。ドイツでは、土壤汚染事例は、判例・通説による限り、現存する土地所有権の侵害と捉えられ、その結果、BGB1004 条の侵害除去請求権が生じ、当然に物権的請求権の問題が生じると解されてきた（これに対する、ドイツの近時の有力説の立場はすでに述べたとおり）。これに対し、わが国の議論状況は対照的であり、これまでもっぱら損害賠償の問題が中心で、物権的請求権についてはあまり問題とされてこなかったようである（前項一（1）参照）。そこで、まず、このような相違が何故認められるのかということを含めてより詳細に考えてみる必要がある。

また、本稿では、前示のとおり、わが国における解釈論の可能性とその際の留意点を指摘したにすぎない。つまり、本稿に残された重要な課題は、前

(65) わが国解の釈論の状況に関して、前注（41）参照。

述しこととも関連する「具体的ニーズ」とそれに対応した具体的な解釈論の提示である。土壤汚染と物権的請求権については、本稿の冒頭で述べたように、比較的最近になって、ようやく、その問題が裁判所でも扱われるようになり、それを踏まえて多少の議論がみられるようになったところであろうと考える（特に自覚的に）。例えば、有害物質を含んだ廃棄物が他人の土地に無権限に投棄され、その結果、その土地で土壤汚染を生じさせた場合、当該土地の所有者は、誰に対しどのような請求をなしうるのだろうか。ドイツの議論を参考にすると、判例・通説では、土地の所有者はその行為者等に対して廃棄物の除去だけでなく、土壤汚染の浄化処理まで **BGB1004** 条で請求可能ということになる。同様の事例で、わが国では、廃棄物の除去は物権的妨害排除請求権の問題で、土壤汚染は投棄行為の結果土地に生じた損害の賠償問題と区別して取り扱うことになるのであろうか（また、そうすべきなのだろうか）。この他にも種々の問題事例が想定されよう。それら実情を把握し、ドイツの議論状況に照らし、具体的にどのような場合にわが国でも物権的請求権が機能しうるかといったことについては、稿を改めて検討することとした。